A HERMENÊUTICA FILOSÓFICA COMO CONDIÇÃO DE POSSIBILIDADE PARA O RESGATE DO “DNA” DO DIREITO NAS DECISÕES JUDICIAIS

Marcelo Cacinotti Costa¹

RESUMO

Trabalho voltado à verificação da necessidade da Hermenêutica Filosófica integrar a adequada interpretação do Direito. Logicamente que, tal proposta, exige que se defina qual o lugar de fala e, assim, passa-se a exigir dos conceitos o seu sentido e a sua fundamentação. Portanto, não se admite em Direito a presença de conceitos anêmicos e nem decisões sem uma adequada pré-compreensão, ou seja, é necessário, a partir da transcendência, deixar que os sentidos das coisas se manifestem. E é neste contexto hermenêutico que o Direito passa a ser visto na linguagem e como possibilidade, a partir da tradição, da coerência e da integridade.

Dessa forma, a hermenêutica filosófica gera segurança e proporciona garantia no contexto de aplicação do Direito, principalmente quando se refere ao problema do relativismo e da discricionariedade judicial.

ABSTRACT

Work aimed at verify the need of philosophical hermeneutics integrates the proper interpretation of the law. Logically, such a proposal, which requires a definition of the place of talking and, thus, becomes requires of concepts its meaning and its grounding. Therefore, it is not admissible in Law anemic concepts and nor decisions without a proper pre understanding, that is, it's necessary, from the transcendence, let the sense of things manifest themselves. And, is in this hermeneutical context that Law is seeing in language and as possibility, from the tradition, the coherence and the integrity.

Thus, the philosophical hermeneutics generates security and provides assurance in the context of Law enforcement, especially when referring to the problem of relativism and juridicial discretion.

**PALAVRAS-CHAVE – HERMENÊUTICA FILOSÓFICA – O DIREITO E
TRANSCENDÊNCIA – O SENTIDO DAS COISAS.**

**KEYWORDS - PHILOSOPHICAL HERMENEUTICS – THE LAW AND
TRANSCENDENCE - THE SENSE OF THINGS.**

¹ Doutorando em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS; Mestre em Direito pela Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e Missões – URI, campus de Santo Ângelo/RS; Advogado e Professor no Instituto de Ensino Superior de Santo Ângelo – IESA.

Introdução

O tema ora trabalhado no presente artigo é corrente e assola o cotidiano forense de forma a gerar instabilidade e aguçar a insegurança daqueles que dependem das decisões judiciais. É sabido e incontroverso que o ato decisório do juiz é um ato estatal e, portanto, deve ser revestido de imparcialidade e isenção da parte do julgador. Parcela considerável da comunidade jurídica, no entanto, trabalha com a ideia de que o juiz possui “liberdade” decisória. Dessa forma, o ato de julgar estaria ligado ao ato de “sentir” ou de atribuir “qualquer sentido” ao que lhe é levado à apreciação. Dito de outro modo, a sentença, nessa linha de raciocínio, seria uma derivação de “*sentire*”², expressão comum reproduzida em série nos manuais de introdução ao estudo do Direito³.

Na verdade, o juiz exerce o poder jurisdicional, poder este outorgado constitucionalmente, cujo foco principal de atribuição constitucional e *munus* estatal não devem se desviar em hipótese alguma. Portanto, a subjetividade do magistrado acerca de determinados casos que lhe são postos para que preste a jurisdição não deve preponderar sobre o sentido constitucional que é inerente à tradição histórica da comunidade jurídica, formadora da consciência histórica, da coerência e da integridade do Direito (nos moldes do que pensa, por exemplo, Ronald Dworkin).

É lógico que todo juiz terá um grau (mínimo) de subjetividade que é próprio do seu *estar-no-mundo*. Aliás, sem essa subjetividade, não teríamos sequer possibilidade de nos relacionarmos com os outros e nem de lidar com as coisas mais singelas. Mas todas as coisas existentes no mundo já vêm carregadas com um sentido prévio (martelo – martelar; casa – morar; chave – abrir; e assim por diante). Por conta disso, não estamos livres para atribuir qualquer sentido àquilo que já possui uma significação histórica determinada. É o que Martin Heidegger denomina de “débito”⁴ (*Schuld*). É o débito que temos com o passado. Da mesma

2 A crítica de Lenio Luiz Streck a tal postura é pontual. Veja-se: STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 33-54.

3 Não é incomum nos depararmos no dia-a-dia forense com observações cercadas de incertezas sobre o ato judicial decisório. Assim é que se escuta, por exemplo, que “a antecipação da tutela ou o pedido liminar dependerão principalmente do juiz para quem for distribuída a ação”. Ocorre que os requisitos que regulam a matéria processual para deferimento de liminar são de caráter objetivo e, em regra, independem da discricionariedade do juiz. Além disso, há um sentido (constitucional) prévio que se antecipa no ato de julgar e que impede que o juiz diga “qualquer coisa sobre qualquer coisa”.

4 O ente cujo ser é o “cuidado” não apenas pode carregar um débito de fato, senão que, no fundo de seu ser, é e está em débito, e este estar em débito constitui a condição ontológica para que o *Dasein* (ser-aí) possa tornar-se em débito no seu existir fáctico. Este essencial ser em débito é co-originariamente a condição existencial de possibilidade do “moralmente” bom e mau, ou seja, da moralidade em geral e das suas conformações facticamente possíveis. O originário ser em débito não pode ser determinado pela moralidade, porque ela já o

forma que as coisas já contêm uma semântica histórica, não é possível que trabalhemos com o Direito a partir de um “grau zero de compreensão”, como se os conceitos jurídicos fossem vazios e, a partir de um dado momento, o juiz pudesse, então, atribuir capas de sentido a seu livre prazer⁵.

É a partir dessas notas iniciais que discorreremos sobre a temática pontualizada no título, iniciando por discutir o problema do chamado “hiato” existente entre a Hermenêutica Filosófica e a decisão judicial e avançando – sempre “encilhado” na Hermenêutica – na tentativa de encontrar condições de possibilidade para o resgate do DNA do Direito como condição de possibilidade da decisão judicial. Mãos à obra, portanto.

1. Algumas considerações sobre o “hiato” entre a Hermenêutica Filosófica e a decisão judicial a partir de uma análise feita por Alexandre Morais da Rosa

Há um problema crucial para o futuro do Direito: o modo como a Hermenêutica⁶ tem sido ensinada nos bancos acadêmicos. Na verdade, o que menos se tem ensinado é “Hermenêutica” (e aqui paramos de colocar aspas no termo; também não nos preocuparemos se aparecerá a inicial “H” em forma maiúscula ou minúscula), pois ainda convivemos com a ideia de uma hermenêutica como método ou disciplina, o que, curiosamente, aponta para uma não-compreensão do que efetivamente seja a hermenêutica, digamos assim⁷. Dito de outro modo, a hermenêutica praticada e ensinada nas salas de aula não é hermenêutica!

Ora, em tempos de viragem linguística, com o sepultamento da filosofia do sujeito (cartesiano), já deveria ser mais que a hora de pensarmos o problema hermenêutico a partir da

pressupõe por si mesma HEIDEGGER, Martin. **Ser e Tempo**. Parte I. Tradução de Márcia de Sá Cavalcante. 9. ed. Petrópolis: Vozes, 2000, p. 286).

5 Como diz Lenio, “toda decisão deve se fundar em um compromisso (pré-compreendido). Esse compromisso passa pela reconstrução da história institucional do direito – aqui estamos falando, principalmente, dos princípios enquanto indícios formais dessa reconstrução – e pelo momento de colocação do caso julgado dentro da cadeia da integridade do direito. Não há decisão que parta do “grau zero de sentido”. STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 98.

6 Classicamente, a hermenêutica é ensinada a partir de Hermes, como “mensageiro divino”: aquele que transmite as mensagens dos Deuses aos homens. A hermenêutica está ligada, portanto, à tradução: traduzir para uma linguagem acessível a todos o que se manifestou de modo incompreensível. Assim, a tarefa da tradução sempre conterà uma margem de “liberdade”. Essa liberdade se verifica na relação entre Hermes e os homens, já que somente ele, Hermes, está dotado da capacidade de interpretar e traduzir a fala dos deuses e torná-la acessível aos homens. Mas, quem assegura que Hermes compreendeu corretamente o que os deuses queriam dizer? E, na hipótese de ter compreendido corretamente, quem assegura que Hermes tenha dito aos homens exatamente o que os deuses quiseram que ele dissesse?

7 Por todos, no Direito, incorporando as lições de Martin Heidegger (Filosofia Hermenêutica) e Hans-Georg Gadamer (Hermenêutica Filosófica), a original obra de STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito**. 10. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

ruptura da relação sujeito-objeto, alcançando, assim, a hermenêutica – por que não dizer a “linguagem” em que nos inserimos? - como uma “condição de possibilidade” e fazendo da compreensão algo bem mais do que um produto da aplicação de um determinado “método”⁸. É que o caminho é inverso: chegamos ao método pela compreensão, e não o contrário.

Pois é partindo dessa preocupação que adiante passaremos a sintetizar alguns aspectos pontuais de um texto (também sintético, mas nem por isso raso) de autoria do Professor e Juiz de Direito em Santa Catarina, Alexandre Morais da Rosa. O texto do Professor Alexandre, nominado “O hiato entre a Hermenêutica Filosófica e a decisão judicial”⁹, é importante em razão de uma série de enfrentamentos a que o autor procede e porque tem tudo a ver com o modo como o Judiciário atualmente decide, problema que é tão caro à hermenêutica jurídica. E por ser caro à hermenêutica jurídica é que sugerimos sua leitura. Pois bem.

O presente texto, cuja inspiração vem do texto de Alexandre, origina-se de uma preocupação com a utilização dos chamados “métodos tradicionais de interpretação jurídica” (cujos “usuários” acreditam, por exemplo, ser possível cindir interpretação e aplicação) e com a necessidade de resgate de um ensino jurídico vinculado às vicissitudes da facticidade (caso concreto). É que, como lidadores do direito, “volta e meia” nos deparamos surpresos com os rumos que as coisas acabam tomando, principalmente quando os juristas acabam caindo na armadilha de apostar no subjetivismo do intérprete¹⁰.

-
- 8 Remetemos o leitor às seguintes obras: GADAMER, Hans-Georg. Verdade e método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Tradução Flávio Paulo Meurer. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 1999; GADAMER, Hans-Georg. Verdade e método II: complementos e índice. Tradução de Ênio Paulo Giachini. Petrópolis: Vozes, 2002. Outras obras importantes de Gadamer são: GADAMER, Hans-Georg. Arte y verdad de la palabra. Traducción José Francisco Zúñiga García e Faustino Oncina. Barcelona: Paidós, 1998; GADAMER, Hans-Georg. El giro hermenéutico. Traducción de Arturo Parada. Madrid: Catedra, 1998; GADAMER, Hans-Georg. El problema de la conciencia histórica. Traducción e introducción de Agustín Domingo Moratalla. 2. ed. Madrid: Tecnos, 2000; GADAMER, Hans-Georg. Elogio da teoria. Tradução João Tiago Proença. Lisboa: Edições 70, 2001; GADAMER, Hans-Georg. Hermenêutica de la modernidad: conversaciones con Silvio Vietta. Traducción de Luciano Elizaincín-Arrarás. Madrid: Trotta, 2004. HEIDEGGER, Martin. Conferências e escritos filosóficos. Tradução e notas de Ernildo Stein. São Paulo: Abril Cultural, 1979 (Os pensadores); HEIDEGGER, Martin. O conceito de tempo. Prólogo, traducción y notas de Irene Borges-Duarte. Lisboa: Fim de Século, 2003; HEIDEGGER, Martin. Ontología: hermenêutica de la facticidad. Versión de Jaime Aspiunza. Madrid: Alianza Editorial, 1998; HEIDEGGER, Martin. Que é uma coisa?. Tradução de Carlos Morujão. Lisboa: Edições 70, 2002; HEIDEGGER, Martin. Ser e tempo. Parte I. Tradução de Márcia de Sá Cavalcante. 9. ed. Petrópolis: Vozes, 2000; HEIDEGGER, Martin. Sobre a essência da verdade. Tradução de Carlos Morujão. Porto: Porto, 1995.
- 9 O texto integra o excelente STEIN, Ernildo; STRECK, Lenio (Org.). Hermenêutica e epistemologia: 50 anos de Verdade e Método. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 127-131. Dita obra é resultado da manifestação de um grupo de professores que vem estudando a obra de Hans-Georg Gadamer, surgindo como marco dos 50 anos da publicação de “Verdade e Método”.
- 10 Como há tempos vem denunciando Lenio Luiz Streck. Ora, o subjetivismo nada mais é do que a outorga ao intérprete da possibilidade de realizar “escolhas”; e escolha é ato de vontade. Como diz Lenio, o Direito parece ser o locus privilegiado desse “mundo que não muda”, dessa cultura *prêt-a-porter* à “disposição” como “secos, molhados e miudezas em geral”. <http://www.conjur.com.br/2012-mai-24/senso-incomum->

Ligado a esse problema está o de que algumas discussões/interpretações vêm carecendo de uma adequada compreensão do Direito como “transcendência”¹¹. Dito de outro modo, o senso comum dos juristas há tempos vende a ideia de que Direito é uma espécie de combinação entre regras, conceitos e dogmática, o que faz com que os acadêmicos de Direito tenham uma única preocupação: o acesso rápido à informação por meio de modelos e manuais “ultra sintetizados”, em decorrência da ultrapassagem do conhecimento jurídico pela velocidade da banda larga e do “*you tube*”. Daí a importância da aproximação do Direito – e, à obviedade, das decisões judiciais – à Hermenêutica Filosófica¹², pois sua característica principal (da Hermenêutica Filosófica) é o “mundo vivido”, a facticidade. Noutras palavras, é uma “filosofia da concretude do mundo da vida”.

O que queremos denunciar é o problema do predomínio de uma falsa ideia de que o texto subsiste independentemente da norma e vice-versa (proposições que representam o mundo), como já há tempos vem fazendo Lenio Luiz Streck, e o problema de que o Direito está impregnado de conceitos e teorias anêmicas que passam longe da concretude do Direito e da própria fenomenologia que, ao fim e ao cabo, é o que justifica e dá sentido a existência não apenas de um sistema filosófico, mas de qualquer sistema jurídico. Para tanto, buscamos na Filosofia Hermenêutica (Martin Heidegger) e na Hermenêutica Filosófica (Hans-Georg Gadamer) um “fundo” (sem fundo) filosófico para demonstrar a relevância do resgate do sentido do ser dos entes, já que sentidos não são frutos da escolha do intérprete e nem podem ser utilizados de maneira “*ad doc*”, uma vez que não há separação entre texto e norma (há, sim, uma diferença entre eles – que é ontológica – parafraseando Lenio Streck, tributário das lições de Heidegger).

Pelo que já se escreveu parece ficar óbvio que a abordagem da temática neste texto

[conhecimento-fast-food-homer-simpson-direito](#), acessado em 17-03-2013.

- 11 A constituição de possibilidade já é e está sempre determinada a ser uma ultrapassagem; talvez porque sua condição maior tenha de ser a ação. Mas, ultrapassar o quê? O que está para ser ultrapassado é a própria possibilidade, uma própria inserção, lançar-se. É tornar a ser o que já é e está sendo. Um tornar-se que está fora do âmbito de um início constatado, um começo sem começo nem fim; uma irrupção que não pode ser medida de um ponto de partida a fim de enxergar dali o ponto de chegada. Mas é talvez o próprio ponto de chegada o próprio início, como em um círculo. Esta é uma clarividência que Heidegger nos ensina muito bem. A esta ultrapassagem denominou-a transcendência, pois ambas as palavras são sinônimas. “Trans”, etimologicamente, refere-se a um movimento, a uma noção de origem e destino. Ultrapassar não trata de superar, como, p. ex., o que acontece numa corrida em que os carros disputam por velocidade quem chegará primeiro; mas, antes, o verbo diz outra coisa: ultrapassar se refere a ser, ao tornar-se, perfazer-se, transcender. BRAZIL, Luciano Gomes. Transcendência em Heidegger: sobre Racionalidade e Fundamento. Revista Aproximação, nº 03, 1º Semestre de 2010. O Direito, assim, tem de transcender o mero aspecto estrutural, a mera pragmaticidade. Direito não é só isso. Direito imbrica normatividade e moralidade. É um freio à política, mas é essencialmente político.
- 12 A matriz teórica da hermenêutica fenomenológica gadameriana é o pensamento filosófico de Heidegger sobre o Dasein (ser-aí); é dizer, a condição do sujeito de estar imerso em um contexto histórico-linguístico, condição de possibilidade que molda e oferta um horizonte de sentidos.

que ora apresentamos vem calcada na forte contribuição acadêmica do Professor Lenio Streck com a denominada Nova Crítica do Direito (NCD), que de há muito vem denunciando os problemas oriundos das concepções tradicionais acerca da interpretação jurídica¹³.

Na verdade, uma compreensão mais adequada sobre a temática deste trabalho envolve questões filosóficas que, se fossem bem entendidas e estivessem presentes no contexto jurídico, certamente seriam capazes de evitar algumas indagações de natureza metafísica que contribuíram em grande medida para obnubilar a ciência do Direito. Dito de outro modo, as questões que circundam o direito e o mundo da facticidade envolvendo os entes e o sentido do ser dos entes em momento algum podem ser dissociadas da aplicação jurídica. E é na facticidade que se verificam as diversidades e se dá de forma constante a (re)construção do direito, principalmente quando se compreende a questão da diferença ontológica¹⁴.

Se é na facticidade que podemos verificar a diversidade mundana e se é a partir dela que (re)construímos o Direito no nosso cotidiano, não há como evitar, então, que a decisão judicial se prenda ao texto e ao contexto, pois é isso justamente o que deve ocorrer. Ou seja, se a aplicação do Direito quando da decisão judicial envolve produção de sentido a partir de uma facticidade, a decisão judicial, inevitavelmente, não pode repousar na subjetividade do intérprete. E essa ideia Alexandre Morais da Rosa conseguiu transmitir muito bem no texto de sua autoria que referimos há pouco. Alexandre parte de uma ideia de Hans-Georg Gadamer, publicada em um texto de 1977 (“O jogo da arte”), criticando a “embriaguez moderna” que vê o animal como “mero autômato” e o homem como “criatura de Deus” distinta pela “autoconsciência” e pela “livre vontade”. Segundo Gadamer, há um século estaria crescendo uma forte suspeita de que o comportamento do indivíduo e dos grupos é determinado sobretudo pelas determinantes naturais. Assim, o comportamento humano não corresponderia à consciência dos que escolhem e agem livremente. Ou seja, nem tudo aquilo que acompanhamos com a consciência de nossa liberdade seria, então, realmente consequência de uma decisão “livre”, pois fatores inconscientes, compulsões e interesses também determinam

13 As concepções tradicionais da interpretação jurídica defendem a ideia decorrente do processo interpretativo clássico, concebendo a interpretação em três momentos distintos, ou seja: primeiro conhecemos, depois interpretamos e, por fim, aplicamos.

14 A diferença ontológica significa, formalmente, que o ser não é um ente; logo, ele não pode ser pensado do mesmo modo que pensamos os entes. Por sua vez, a constituição onto-teo-lógica da metafísica indica o fato de ela nunca ter pensado a diferença entre ser e ente. Por isso, sempre pensou o ser como se ele fosse um ente possível; por isso ela se caracteriza por ser uma ciência (lógica) que pesquisa o ser (onto), determinando-o como se ele fosse uma causa primeira: Deus (teo); o pensamento metafísico sempre pensou o ser como essência, e esta como um fundamento primeiro: a idéia, para Platão; a energia, para Aristóteles (384-322 a.C.); a consciência, para Descartes (1596-1650); a razão, para Kant (1724-1804); o espírito, para Hegel (1770-1831); a vontade de poder e o eterno-retorno, para Nietzsche (1844-1900).

nossa consciência, além de dirigirem nosso comportamento.

É a partir dessa constatação de Gadamer que Alexandre maneja sua reflexão sobre o “hiato” que existe entre a teoria da decisão (judicial) manejada pelo senso comum teórico (Warat) e as possibilidades da Hermenêutica Filosófica, lançando uma discussão sob a temática pela perspectiva da “moda”. É que a moda, segundo nosso autor, é uma “variável” importante para a discussão hermenêutica. Sua compreensão “autêntica” pode nos auxiliar a compreender o porquê da ausência de efetividade da Hermenêutica Filosófica no campo do Direito.

De fato, no cotidiano dos juristas, a “hermenêutica tradicional” continua operando com noções (v.g., objetivismos, subjetivismos, discricionariedade, intenção da lei, vontade do intérprete etc.) que realmente não fazem mais sentido do ponto de visto hermenêutico. Essas noções, porém, “estão na moda”. E por quê? Alexandre irá responder, de forma muito clara: “nos encontramos na era do 'Realismo Jurídico Tropical' em que a lógica que preside este modelo é a dos informativos etiquetados com as grifes com durabilidade efêmera, de uma semana, aliás, como as coleções da Grife 'Gap'. Até a próxima semana não se sabe, de fato, o que pode ter mudado. O aumento da velocidade constante impede, também, a possibilidade de reflexão. (...) A última edição da interpretação (sic) ocupa o lugar da última versão da moda e como a maioria não quer aparentar estar 'out', o sentido migra 'automaticamente' (...) O produto – verbete – nesta nova economia simbólica do Poder Judiciário decide desde antes e pelo sujeito. Não lhe concede, ademais, espaço para dizer o contrário. O argumento da autoridade toma o lugar da reflexão”¹⁵.

O “jogo jogado”, portanto, segundo Morais da Rosa, apresenta, de um lado, a “premência” de estar “in”; de outro, a irracionalidade do mercado consumidor. Daí por que o cenário jurídico acaba por se transformar no cenário da moda (ou “próximo da moda”, como diz Rosa): de um lado, o sujeito “deficiente filosoficamente” acolhe a última verdade apresentada; de outro, o sujeito descobre que não há mais “verdade verdadeira” e passa a se apoiar na “estrutura paranoica” que lhe diz a verdade, passando a fazer da parte de uma “Hermenêutica do Conforto”, na expressão de Alexandre¹⁶.

Como conclusão disso tudo, o sujeito, que não está por dentro dos últimos informativos dos tribunais, começa a acreditar que “está por fora”. A razão (ou “as razões”), que deveria ser buscada para a reflexão, agora passa a ser vendida com a “aparente” reflexão

15 ROSA, Alexandre Morais da. **O hiato entre a hermenêutica filosófica e a decisão judicial**. In: STEIN, Ernildo; STRECK, Lenio (Org.). *Hermenêutica e epistemologia: 50 anos de Verdade e Método*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 127-131.

16 Idem, *ibidem*.

pronta, embalada em “papel de presente aparentemente hermenêutico”. É que a pressa e a urgência decorrem de variáveis mercadológicas, fazendo com que a qualidade da interpretação seja subtraída em nome do “conforto”. Assim é que as decisões judiciais vão deixando de dizer o caso, pois são produzidas apenas para “serem vistas”. Sua vitrine são o computador e a internet. “Orquestradas” pelos órgãos de cúpula do sistema, as decisões se espriam como um todo resultando uma “compulsão” por admirar, copiar e legitimar quem nos conduz, como diz Alexandre¹⁷. Claro! A decisão judicial está “vestida” com as “roupas da última coleção” garantida pela grife do STF ou STJ.

É possível verificar, portanto, que a lógica do mundo da moda, ao adentrar no campo do Direito, desfaz a noção de “tradição”. Não haveria de ser de outro modo. Nas palavras de Morais da Rosa: “A moda não se vincula à tradição, mas à escolha. E escolha é ato de vontade, bem aponta Lenio Streck. Não é hermenêutico. (...) o Direito quando gira em torno da moda não atende a racionalidades. Gira por gostos, caprichos, questões estéticas e econômicas. (...) O sujeito, ao mesmo tempo livre das amarras da tradição e preso aos desígnios da moda, transforma-se em presa fácil dos discursos da eficiência, do pragmatismo (...) 'discurso do conforto' O espírito de nossa época é da 'eficiência’”¹⁸.

Em definitivo, como diz Alexandre, entre a decisão que serve de paradigma, ou seja, a decisão tomada “lá atrás”, quando apreciado outro caso, outro contexto, e a decisão retomada com base na primeira, há um “fosso de sentido preenchido pelo imaginário de uma analogia ingênua”, pois a decisão paradigma real é substituída pelo signo simbólico que representa e não raro sua aplicação é imaginária, servindo para legitimação de “qualquer decisão”, mormente quando fundamentada exclusivamente em verbetes de ementas.

Ocorre que é impossível “preencher” o fosso do real na ementa de uma decisão. A relação entre uma ementa e o caso (onde ela, a ementa, seria aplicada) é arbitrária. O problema é que “vende” e “faz” decisões judiciais, como bem aponta Morais da Rosa. E tem razão. É esse modelo que a academia tem o dever de criticar, se o senso comum teórico dos juristas não o faz (aliás, não o faz por ser “comum”). É que a jurisprudência não é um “fim em si mesmo”, como diz Alexandre, e nem desonera o intérprete¹⁹. A jurisprudência, portanto, não é e não pode ser sinônimo de hermenêutica; muito menos de fundamentação, pois demanda um contexto para fazer sentido. Como não há uma “língua individual”, também o intérprete não pode tudo, não pode criar uma língua individual, pois seu estilo pessoal guarda

17 Idem, ibidem.

18 Idem, ibidem.

19 Idem, ibidem.

uma referência coletiva. Daí por que há necessidade de se resgatar a “responsabilidade do sujeito”, que pode levar à compreensão autêntica. E isso é uma das tarefas da Hermenêutica Filosófica.

Para terminar essas primeiras considerações, reprisamos o “diálogo entre dois magistrados” de que nos fala Alexandre: “- Concordas com a decisão?” “- Sim, se for do Supremo”. Responde o Juiz que decide conforme a moda. “- Mas e o conteúdo, você concorda?” Pergunta o primeiro magistrado. “- E precisa? A embalagem me satisfaz”²⁰.

2. Algumas considerações sobre a importância de se desenvolver o estudo de uma Hermenêutica distinta da que estamos acostumados a ver no ambiente acadêmico

Falar do texto de Alexandre Morais da Rosa significa falar de algo “autêntico” (no sentido hermenêutico, portanto); significa falar de um texto cujo autor não “doura” a pílula para dizer o que pensa. Significa, enfim, falar de um texto que desvela, sem pudores, como os juízes têm decidido os casos que lhes são submetidos. Por isso é um texto que merece ser lido: crítico, direto ao ponto, sem “firulas”. O texto (e o estilo) de Alexandre é leve, claro, didático e de fácil “digestão”. É claro que, para leigos e profanos, e mesmo para estudantes que estão iniciando o curso de Direito ou já estejam nele “adiantados”, o texto pode apresentar algumas dificuldades de leitura, mas isso é algo absolutamente normal. E contornável. Afinal de contas, se o “tempo” é o “nome do ser”, como ensinou Martin Heidegger²¹, é necessário respeitar o tempo de cada um e as dificuldades de compreensão a ele inerentes. E carregamos a marca da “finitude”, física e de compreensão.

O sentido, pois, à evidência - por vezes para muitos não tão-evidente assim -, depende da temporalidade, entendida esta não apenas como um desdobramento linear de passado, presente e futuro, mas como um existencial próprio do ser humano (Heidegger). Por isso é que, quando se lê novamente o mesmo texto, ele já nos diz algo diferente; já se apresenta a nós de forma diferente. Por isso “ouvimos” e “vimos” o que ele, texto, tem a nos dizer e mostrar de forma diferente. É a temporalidade e seus efeitos agindo no intérprete.

Em que pese, no entanto, as dificuldades inerentes ao Dasein (“ser-aí”, na expressão utilizada por Heidegger²², também traduzido por “existência”, “homem” etc.), isto é, à

20 Idem, ibidem.

21 HEIDEGGER, Martin. **Ser e Tempo**. Parte I. Tradução de Márcia de Sá Cavalcante. 9. ed. Petrópolis: Vozes, 2000.

22 Em que pese não se constituir objeto do presente texto, faço aqui uma (breve, para ser redundante) síntese da temática relativa ao Dasein. É que, sem essa síntese, o leitor que não está acostumado com a Hermenêutica

existência de cada um dos alunos, é possível perceber que as condições de possibilidade para ingressar no estudo da Hermenêutica Jurídica (e Filosófica) e desenvolver um Direito paralelo aos seus ditames mesmo alunos da graduação e recém-saídos do ensino médio as têm. E isso é importante que se diga. Sobretudo para que seja dada à Hermenêutica (em especial a Filosófica) a posição de destaque que merece ocupar, “surrada” que está pela hermenêutica tradicional desenvolvida no interior do “senso comum teórico” dos juristas (Warat).

É a partir da desconstrução e reconstrução da hermenêutica, que agora deve passar a ser vista como um “modo-de-ser-no-mundo” (Gadamer, a partir de Heidegger), no âmbito da academia (e, conseqüentemente, no dos tribunais, pois, obviamente, os operadores do Direito serão aqueles que sairão dos bancos escolares para trabalhar com o jurídico), que poderemos ter esperanças em experimentar mudanças nos rumos do Direito, em especial para que volte a se “encontrar” com a ética e a moral (nos moldes da co-originariade de que nos fala Ronald Dworkin), impedindo a colonização do Direito pelas imposições do mercado e do seu correlato pragmatismo (“eficientismo”).

Agora, é possível ter esperanças com relação ao futuro do Direito e sua práxis? Pensamos que sim. As discussões que havemos feito em sala de aula deixam bem que claro que os estudantes de Direito vêm se dando conta de que os meios tecnológicos (computador e internet) são ferramentas. São meios práticos e rápidos, eficientes para que se possam buscar

Filosófica poderá ter dificuldades em entender o que quero dizer. Martin Heidegger, talvez o maior filósofo do século XX, pressupõe que há uma “diferença ontológica” entre o ser e o ente. E essa diferença – que é um dos teoremas fundamentais da sua filosofia – repousa na ideia de que o ser sempre é o ser do ente e que o ente só é em seu ser. Chamamos “ente” muitas coisas e em diversos sentidos. Ente, segundo Heidegger, é tudo aquilo de que falamos, tudo aquilo a que miramos, aquilo para o qual nos comportamos de tal e tal modo. Ente é também o que e como nós mesmos somos. Então, o ente é tudo aquilo com quem o homem mantém uma relação; é aquilo sobre o que se pode dizer algo. O ente, no entanto, não é o ser, embora de este não se separe em razão da diferença ontológica. O ser, ao contrário, diz respeito ao universo de condições do encontro com os entes. Diz respeito às condições desde as quais se faz possível um encontro com entes “como” entes qualificados, ou seja, entes que vêm ao encontro sempre submetidos a uma perspectiva. Para Heidegger, no entanto, a questão sobre o sentido do ser é a mais universal e a mais vazia. Ainda assim, ela abriga igualmente a possibilidade de sua mais aguda singularização. Há, no entanto, outra categoria que Heidegger utiliza e que, sem ela, não é possível compreender sua filosofia. É o Dasein, o ser-aí. Agora, o que é o Dasein? O que é o ser-aí? De fato, é possível chegar a uma ideia aproximada do que significa ser-aí. Segundo Ernildo Stein, em Heidegger, o Dasein é o ente que compreende ser. O ser “é” desde a compreensão do Dasein e o Dasein é desde a compreensão do ser. O Dasein, assim, é um ente de caráter superior entre os entes que se constitui pela compreensão do ser. O Dasein é um plano em que se dão ente e ser, no nível do ente privilegiado. É aqui que se introduz a dita diferença ontológica, sustentada pelo Dasein. É aqui que Heidegger ultrapassa o caráter metafísico e objetivista e o espaço fenomenológico-transcendental. Dasein, portanto, apresenta-se na obra de Heidegger com vários sentidos: tanto como uma “abertura do ser” como compreensão, homem, existência, vida humana (ente que no seu ser conhecemos como vida humana, ente que cada um de nós é etc.). O que importa é que sem o *Dasein*, o ser-aí, não há compreensão, pois o Dasein é o ente que compreende ser, e isso não pode esquecer quem pretende compreender a filosofia de Heidegger. Consultem-se: HEIDEGGER, Martin. **Ser e Tempo**. Parte I. Tradução de Márcia de Sá Cavalcante. 9. ed. Petrópolis: Vozes, 2000, p. 6-70; HEIDEGGER, Martin. **O Conceito de Tempo**. Prólogo, Tradução e notas de Irene Borges-Duarte. Lisboa: Fim de Século, 2003, p. 12-33; STEIN, Ernildo. Nas proximidades da antropologia: ensaios e conferências filosóficas. Ijuí: Unijuí, 2003, p. 17.

posicionamentos dos tribunais em decisões já proferidas. Não passam disso, porém. O problema é que esse “método” tornou-se “moda” entre os juristas. Não se analisa mais, assim, o problema concreto. Não se fundamenta o que se decide, pois é mais fácil “copiar” (Ctrl c) e “colar” (Ctrl v) ementas do que analisar profundamente cada caso, “tomando” uma decisão de forma autêntica e responsável.

Embora assim seja, vem crescendo, no entanto, uma tomada de consciência entre os estudantes de Direito no sentido de que “ficar fora da moda pode não ser tão ruim assim”, pois a compreensão – e isso os alunos têm conseguido compreender - não pode decorrer de uma observação do que diz a jurisprudência do STF ou do STJ, a “última moda”, mas de uma racionalidade que se consolida no meio social, a partir de uma tradição, de uma moral institucionalizada (Dworkin) e da concretização de princípios que introduzem o mundo prático no Direito (Streck).

A razão, assim, não pode ser “comercializada” com reflexões prontas, como diz Alexandre Morais da Rosa. O Direito, então, não pode deixar de atender à racionalidade para restar subjugado pela “moda”. O sujeito que decide deve atuar com responsabilidade. No Direito isso é inegociável. A prática do “menor esforço”, da “Hermenêutica do Conforto” (Morais da Rosa), é, pois, incompatível com o termo “fazer justiça”.

A decisão judicial não pode, portanto, depender de “escolhas”, do que é ou não melhor economicamente ou diante da mídia. Escolher “moldes” para decidir, definitivamente, não condiz com a atividade dos juízes. Claro que a moda causa seus impactos e não pode ser desconsiderada em meio à tradição. Mas o argumento da autoridade, “produtora da moda”, não pode invadir o espaço da reflexão. Por isso é o Direito não pode ser o que os juízes dizem que é, como bem vem defendendo Lenio Luiz Streck.

Nessa obscena relação (e comparação) entre Direito e moda é possível constatar, pois, a “decadência” do Dasein (Heidegger), que resvala para a inautenticidade ao não “estranhar” mais o mundo, terminando por se identificar com os seus semelhantes. É que, no seio do grupo social, quem não compartilha da mesma opinião é havido como “fora da moda” e, portanto, como alguém invisível. Em suma, se o STF “lançou o estilo”, disse que a roupa é “da moda”, é bonita e que tem de ser usada, a tendência é que assim seja, ainda que a singularidade do caso reste descuidada. Como os juízes querem ser “aceitos”, querem estar “dentro da moda”, seu papel se vê reduzido. Dito de outro modo, o juiz somente passa a escolher e não interpretar. Como está na moda, porém, não se incomodará com essa situação.

O jurista, no entanto, não pode consumir a “imagem”. Deve deixar que o texto se aproprie dele. E texto, como diz Lenio Streck, é evento; é o “caso”. A hermenêutica não pode

ser apropriada pelo intérprete. É a hermenêutica que se apropria do intérprete. Assim, não bastas aos juízes utilizar a hermenêutica como adorno. Muitos Juízes, Desembargadores ou Ministros do STF, por exemplo, “volta e meia” utilizam citações de Heidegger, Gadamer, Schleiermacher, entre outros. Tais citações, todavia, podem correr o risco de serem tão profundas quanto um “pires”. Explico. Hermenêutica (ou filosofia hermenêutica, para mudarmos um pouco o termo e nos aproximarmos mais de Heidegger) não é adorno; não é enfeite. Não pode ser adjudicada. Hermenêutica é filosofia; é filosófica. É, pois, reflexão a partir de uma pré-compreensão que sempre nos escapa enquanto antecipação de sentido. Ou ela “atua” no agente como seu modo-de-ser-no-mundo, ou não há compreensão.

Decorre daí também a conclusão de que nem tudo no Direito é funcionalidade²³. O Direito, antes de tudo, tem um caráter deontológico, normativo. E isso é bom que se diga. “Automatização de pensamento”, “facilidades interpretativas”²⁴ e busca de “resultados rápidos”, assim, não são aquilo que se espera do Direito. Seguir pensando que essa é a “salvação da lavoura”, portanto, significa apenas continuar mantendo a Hermenêutica Filosófica – e conseqüentemente a compreensão – separada das decisões judiciais. Daí a importância de se estudar a Hermenêutica Jurídica como disciplina cuja condição de possibilidade, porém, é a hermenêutica filosófica. Afinal de contas, de fato, não há uma hermenêutica “específica”, embora tecnicamente, como “método”, possamos falar de

23 Nesse sentido, contra o pragmatismo, vejam-se, por exemplo, as críticas dirigidas no Brasil à Escola Instrumentalista (capitaneada por Cândido Rangel Dinamarco) por Lenio Streck, Rafael Tomaz de Oliveira, André Karam Trindade, Francisco José Borges Motta, Adalberto Narciso Hommerding, André Cordeiro Leal, Dierle Nunes e outros autores: STRECK, Lenio Luiz. Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em Direito. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. Decisão judicial e o conceito de princípio: a hermenêutica e a (in)determinação do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008; STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de; TRINDADE, André Karam. O “cartesianismo processual” em Terrae Brasilis: a filosofia e o processo em tempos de protagonismo judicial. Inédito; MOTTA, Francisco José Borges. Levando o direito a sério: uma crítica hermenêutica ao protagonismo judicial. Coleção Lenio Luiz Streck. Florianópolis: Conceito, 2010; HOMMERDING, Adalberto Narciso. Fundamentos para uma compreensão hermenêutica do processo civil. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007; LEAL, André Cordeiro. Instrumentalidade do processo em crise. Belo Horizonte: Mandamentos, Faculdade de Ciências Humanas, FUMEC, 2008. NUNES, Dierle José Coelho. Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais. Curitiba: Juruá, 2008; NUNES, Dierle José Coelho. Participação e policentrismo. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

24 Vivemos em um tempo em que, cada vez mais, somos movidos por “conceitos sem coisas”. Frases (enunciados) sem contexto. E tentativas de esmagar o mundo e colocá-lo “dentro dos conceitos”. O Google, como lembra Lenio Luiz Streck, é um bom exemplo desta novilíngua, deste “mundo-que-parece-querer-(sobre)viver-sem-contextos”. Se você colocar no Google “Cataratas do Iguaçu”, ele vai ter dar “n” informações do tipo: “opero cataratas em clínicas de olhos em Foz do Iguaçu”; se você quiser saber sobre “testemunhas”, aparecerá, como resultado, “testemunhas de Jeová”, “testemunhas da nova ressurreição” etc. Provavelmente nada do que você queria. Claro que deve haver modos de aprimorar a pesquisa. Mas não é disso que se trata. Nossa vida e a cotidianidade do Direito acabam sendo uma sucessão de conceitos sem coisas, onde os contextos importam cada vez menos. O Direito, especialmente, se torna anacrônico e atópico. <http://www.conjur.com.br/2012-mai-24/senso-incomum-conhecimento-fast-food-homer-simpson-direito> - acessado em 17-03-2013.

“hermenêutica constitucional”, “hermenêutica penal” etc. O que há, sim, são disciplinas cuja condição de possibilidade, repito, repousa na hermenêutica filosófica como modo-de-ser-no-mundo. Numa frase, para concluir este ponto: ou os estudantes e operadores do Direito começam a compreender isso ou o Direito e as decisões judiciais não têm mais solução.

3. E a práxis do Direito? O que tem mostrado? A *applicatio* como “garantia hermenêutica” a evitar o solipsismo do intérprete

O que se tem visto na práxis do Direito é a produção de uma gama de decisões judiciais sem “DNA”, como vem apontando Lenio Streck. Ou seja, decisões que se baseiam em interpretações “vazias” e sem argumentos de princípio. Os decisores não respeitam mais as regras do jogo - como defendia Hans Kelsen a partir de sua Teoria Pura do Direito, e como sempre denunciou Luís Alberto Warat (veja-se a “Katchanga Real”²⁵) – e não se preocupam com o problema do poder concentrado nas mãos de um homem só, como também tem denunciado Jürgen Habermas, situação essa que ele, Habermas, tenta controlar a partir da razão comunicativa procedimental/discursiva.

Se a razão analítica pode ser caracterizada como “razão sem esperança” (Javier Murgueza), o irracionalismo, por sua vez, pode conduzir ao solipsismo e à discricionariedade, o que, em última análise, nada mais são do que arbitrariedade e totalitarismo. Ora, se não se quer isso no cotidiano das decisões judiciais, teremos de reivindicar para o Direito interpretações baseadas na situação hermenêutica que nos possibilita a tradição, alternativa capaz de dar conta, por exemplo, das críticas recebidas por Kelsen quando indagado sobre os problemas empíricos de sua teoria, já que a indagação sobre o problema da liberdade para atribuir sentidos de acordo com a vontade do intérprete é respondida com o mito do dado. A Filosofia no Direito não pode renunciar o tratamento “epistemológico” do tema da justiça e nem a Teoria da Justiça pode abdicar da racionalidade prática (moralidade), que desde já se antecipa a partir da tradição.

E é neste contexto de entrelaçamento entre a compreensão/interpretação e a facticidade, entre a consciência histórica (fusão de horizontes) e o círculo da compreensão (tradição), para lembrarmos a Hermenêutica Filosófica de Gadamer, que se verifica a

25 “A dogmática jurídica é um jogo de cartas marcadas”. E quando alguém consegue entender “as regras”, ela mesma, a própria dogmática, tem sempre um modo de superar os paradoxos e decidir a “coisa” ao seu modo. Ela, por si, é decisionista, no sentido da “vontade do poder” (Wille zur Macht). <http://www.leniostreck.com.br/site/2012/02/10/a-estoria-da-katchanga-real-por-lenio-streck/> - acessado em 17-03-2013.

“transcendência”, característica indispensável para que algo não se deixe apreender como ente. E a transcendência se manifesta exatamente pela ligação que se verifica da hermenêutica com o inapreensível, com a ligação que existe entre as coisas de agora com as coisas do passado, característica esta que devemos analisar previamente antes de ingressar propriamente na transcendência.

É Martin Heidegger quem rompe com a fenomenologia da essência (Husserl) e propõe uma hermenêutica da facticidade, compreensão como mobilidade de fundo de Nietzsche (historicidade). Os existenciais (ser-com, ser-aí etc.) são tratados como características inerentes ao estar-no-mundo, ou seja, características que são inerentes ao fato de estar no mundo, algo que não podemos retirar ou escolher viver sem. Gadamer, que aposta na sua *Hermenêutica Filosófica*, faz surgir a questão do sentido ligado à compreensão do mundo vivido; o mundo vivido ligado à substância (Hegel), que significa a história enquanto tradição. Ou seja, Gadamer dirá que em toda a subjetividade existe uma dimensão de historicidade de sentido que deve ser interpretada, mas não pode ser inteiramente apropriada. Daí a universalidade da hermenêutica, não como um fim último, mas como o propósito de descerrar o não explorado, as condições prévias (historicidade) que o compreender traz para o conhecimento.

Assim é que o objeto e o intérprete estão ligados por um contexto de tradição. Na interpretação, como diz o Professor Lenio Streck, “não somos uma folha em branco”. Como consciência do tempo, a consciência histórica²⁶ é o tempo de acolhimento de heranças do passado e da abertura para as incertezas do futuro. Assim, a identidade própria só ocorrerá no tempo histórico, o que significa a aceitação de um horizonte que nos chega de outras vidas (senso histórico que é a própria razão humana).

A historicidade da compreensão, portanto, é uma concepção complexa derivada de pelo menos duas premissas fundamentais: a singularidade histórica e a não-superação da localidade dos compromissos epistêmicos e práticos (contexto da significatividade). A posição do intérprete não é fixa; não há posição neutra, pois a interrogação ou o entendimento acontecem (na linguagem), já que o local de interpretação é por si só o efeito do passado sobre o presente (consciência histórica efetual). A soberania do sujeito, assim, é fictícia, pois o intérprete é pouco mais que o efeito da tradição ao invés de sujeito controlador. Assim, os pré-conceitos jamais poderão ser postos no mesmo nível da consciência, simplesmente porque

26 A consciência histórica é facilmente verificada no Direito, principalmente quando se está diante de uma lei vigente, mas que, pelas modificações sociais, não mais se justifica em sua totalidade. Exemplo disso é o Decreto-Lei nº 3.688/1941 e seus artigos 58 e 59, que tratam das contravenções penais do “jogo do bicho” e da “vadiagem”, respectivamente.

eles são a condição da consciência. Quando alguém lê um texto, o horizonte do texto se mistura com o horizonte do leitor de tal forma que ele será afetado pelo encontro com o texto (tensão entre texto e presente, em constante mutação).

Sendo a linguagem condição de possibilidade, não haverá ponto algum fora dela do qual poderíamos vir a testá-la. Afinal, “quando penso em pensar eu já pensei” (Gadamer). Todos os aspectos da vida têm uma estrutura hermenêutica. “O ser que pode ser entendido é linguagem” (Gadamer²⁷).

Não é a subjetividade humana a controladora do significado linguístico. Na verdade, o sentido é resultado do produto dialógico, decorre da tradição (encontramo-nos sempre inseridos na tradição). Portanto, devemos deixar que pré-compreensão nos diga algo, é preciso que o texto se deixe mostrar, dizendo alguma coisa ao intérprete, pois ambos têm seus próprios horizontes e pré-conceitos – autênticos e inautênticos²⁸.

Antes de fundamentar, o juiz já compreendeu porque já pré-compreendeu. Há, assim, um processo hermenêutico único. O texto jurídico não existe sem a norma; o texto não existe na sua “*textitude*”; como sempre tem pontuado Lenio Luiz Streck; a norma não pode ser vista; ela apenas existe no sentido (texto). Por isso é que na desconsideração disso sempre “sobra a realidade” (fato é norma e norma é fato). Como ensina Lenio Luiz Streck, “Eu não posso atravessar o abismo da interpretação e depois voltar para construir a ponte no lugar por onde eu já passei”²⁹.

O essencial em Gadamer está na ideia de que o intérprete e o objeto de interpretação estão ligados por um contexto de tradição, o que implica a existência prévia de uma compreensão do seu objeto quando intérprete o aborda, sendo por isso incapaz de começar com um “espírito neutro”.

O intérprete não é um livro em branco, não parte de um grau zero, de um ponto cego de compreensão ou de atribuição de sentido, à medida que a linguagem, como a história, possui um peso, uma força que nos conduz e nos arrasta. Isso significa que o tempo não é um obstáculo para compreender o passado, e sim o âmbito onde tem lugar a autêntica compreensão, na medida em que quando ausentes o tempo e a tradição, falta o descerrar da compreensão. Neste contexto, não podemos lidar com a existência do objeto histórico³⁰, que

²⁷ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método**. Petrópolis: Vozes, 1999.

²⁸ Reconhecer a morte (finitude) é a mais autêntica das condutas (responsabilidade – o ser-humano se sente responsável por sua existência); negá-la é a mais inautêntica, isso porque ninguém pode substituir o humano e inevitável.

²⁹ Lenio Luiz Streck, anotações do seminário da disciplina de Hermenêutica, Interpretação, Direito e Linguagem, Programa de Pós-Graduação da Unisinos, doutorado 2012.

³⁰ Objeto histórico seria algo entificado pelo direito, por exemplo, instituto jurídico cuja aplicação se dá

Gadamer irá denominar de “fantasma”³¹, como o mito do dado, pois um pensamento verdadeiramente histórico tem de pensar também a sua própria historicidade. O objeto histórico não se enquadra na verdadeira historicidade atualmente vivida; daí a metáfora do fantasma.

Veja-se que, para se destacar um preconceito ou algo não recepcionado pela tradição, é necessário suspender a validade, pois, na medida em que continuamos determinados por um preconceito, não temos conhecimento dele e nem o pensamos como um juízo. Dessa forma, não se conseguirá colocar um preconceito no aberto, diante de si próprio, enquanto estiver constantemente e inadvertidamente em jogo, mas somente quando, por assim dizer, ele é incitado. O que permite incitá-lo, portanto, é o encontro com a tradição. O primeiro elemento com que se inicia a compreensão é o fato de que algo nos interpela. É a primeira de todas as condições hermenêuticas. Portanto, a suspensão dos prejuízos não significa neutralidade ou auto-anulamento, mas um modo de abertura para o texto, uma atitude hermenêutica receptiva para a alteridade do texto.

Nesse sentido, o preconceito autêntico é aquele que é capaz de fazer o intérprete adequar o texto ao contexto singular e próprio de cada momento histórico. Acontece quando o ser humano se sente responsável por sua existência, não se tornando um estranho para si mesmo, ou seja, quando ele deixa que o texto lhe diga alguma coisa. O texto fala que precisa ser readequado/redefinido por força da linguagem, da consciência histórica e dos efeitos que ela é capaz de produzir.

Daí o grande salto da hermenêutica, e tudo que ela integra como, por exemplo, circularidade, diferença ontológica, consciência histórica, tradição etc. A hermenêutica serve de suporte (re)fundação de institutos jurídicos e sociais que não podem se deixar apreender (esquecimento do ser). Quando esquecemos desse detalhe, terminamos por incorrer no velho problema da metafísica clássica: a entificação do ser. E aí não haverá compreensão, pois não haverá o questionamento a partir do *Dasein*, o ser-aí.

Na analítica existencial de Martin Heidegger, o ser-aí é projeto. O ser-aí está sempre envolto a um acontecer; portanto, no projeto prévio do ser sempre ultrapassamos de antemão o ente. Assim, somente com base na elevação ou transcendência³² o ente se torna manifesto

exclusivamente por força do senso comum dos juristas, ideia plantada a partir de um falso paradigma jus naturalista.

31 Fantasma é a denominação dada por Gadamer ao objeto histórico acima explicitado.

32 O termo transcendência indica essa excelência do homem de ultrapassar e superar a obscuridade do ente, com o qual constantemente se comunica em sua existência, iluminando-lhe o sentido, tornando-lhe transparente o ser da Verdade. LEÃO, Emanuel Carneiro. **Aprendendo a Pensar**. Petrópolis: Vozes, 1977, p. 112.

como ente. Ou seja, na medida em que o projeto pertence à essência do ser-aí, a ultrapassagem ou transcendência do ente já precisa sempre ter acontecido e continuar acontecendo no fundo do ser-aí (círculo hermenêutico).

O ato prévio de ultrapassagem do ente é designado por Heidegger com a palavra de origem latina *transcendere* e denomina a ultrapassagem como transcendência³³. Isso significa dizer que o ser-aí como tal é transcendente, que o ente que nós mesmos somos, essência fundamental da constituição ontológica, se caracteriza pela ultrapassagem do ente, levando a uma elevação originariamente própria de si mesmo.

Somente porque reside na essência do ser-aí esta capacidade de elevação este mesmo ser-aí existente pode cair. Significa dizer que o ser-aí está determinado em seu modo de ser pelo que se denomina de decadência (*Ser e Tempo*³⁴).

Heidegger irá dizer que “o manter-se no ser-no-mundo, esse apoiar-se nele pertence necessariamente à transcendentalidade, porque ela é determinada essencialmente pela ausência de apoio. Transcendência – liberdade”³⁵!

Podemos afirmar, portanto, que transcender é ter liberdade para ultrapassar o ser das coisas, força capaz de emergir o novo e o diferente, num movimento oposto à caída ou ao agir impróprio, o senso comum teórico, as concepções jusnaturalistas³⁶ etc. O próprio conceito cosmológico de mundo dado por Kant³⁷ é um bom exemplo para demonstrar o estreitamento do conceito de mundo, pois trabalha a totalidade do ente por si subsistente, correlato à experiência finita e, com efeito, à experiência teórico-científica.

É certo que o conceito de mundo, acima explicitado, dado por Kant passa ao largo da problematização filosófica, o que levaria a algum desavisado, convencido de estar balizado por pensadores clássicos, trabalhar conceitos de maneira insuficiente, reduzida e equivocada. E tal problema é bastante corrente no mundo do Direito, principalmente quando se tem uma formação jurídica absorvida pela metafísica (relação sujeito-objeto) dissociada do pensamento crítico e reflexivo, como sói acontecer de forma bastante intensa em *terrae brasilis*. Um

33 HEIDEGGER, Martin. **Introdução à Filosofia**. Tradução Marco Antônio Casanova; revisão de tradução Eurides Avance de Souza; revisão técnica Tito Lívio Cruz Romão. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 221.

34 HEIDEGGER, Martin. **Ser e Tempo**. Parte I. Tradução de Márcia de Sá Cavalcante. 9. ed. Petrópolis: Vozes, 2000.

35 Idem, p. 366.

36 Neste contexto o jus naturalismo está associado ao positivismo com um falso dilema (normativista), ou seja, o direito positivo é postulado como um direito natural inerente ao homem, integrante de sua personalidade e imutável e universal em seus primeiros princípios, motivo pelo qual a lei e a ordem passam a ser os valores naturais básicos que se deveria preservar. FARIA, José Eduardo. **A Reforma do Ensino Jurídico**. Porto Alegre: Fabris, 1987, p. 42.

37 Registra-se a título de evitar mal-entendidos e falsas designações de pensadores consagrados que, embora se lance mão do conceito cosmológico de mundo cunhado por Kant, não se tem a pretensão aqui de afirmar que o filósofo pensava o mundo na sua totalidade a partir desse conceito.

Direito não problematizado filosoficamente é um Direito não transcendentalizado, sem compreensão.

A partir da analítica existencial, no campo da filosofia, é possível afirmarmos que a transcendência aproximou-se de nós por meio da compreensão do ser, ou seja, da questão fundamental de que na relação com o ente nos remetemos para adiante dele e somente nesta medida podemos compreendê-lo como ente. Caracteriza-se essa compreensão do ser como transcendência, com a ressalva de que a transcendência não é determinada por completo mediante a compreensão do ser. A compreensão do ser deve servir como fio condutor para interpretar o ser-no-mundo, cujo fenômeno fundamental do ser-aí reside na transcendência. Para explicitar tal fenômeno, Heidegger utiliza a ideia de mundo como jogo³⁸, resumindo em quatro pontos os caracteres fundamentais do que pretende expor como jogo.

Ao utilizar a palavra jogo num sentido ontológico, Heidegger busca fazer uma metáfora com o “jogo da vida”, o ser-no-mundo como jogo originário da transcendência. Primeiramente, o jogo quer dizer jogar num sentido de realização do jogo; em segundo lugar, designa o todo de um conjunto de regras com as quais o jogo é jogado. No entanto, o jogo como jogar não se resume a obediência às regras ou um comportamento de acordo com elas, pois os jogos sempre são apenas determinadas possibilidades fáticas e conformidades de jogar.

Assim, o ser-no-mundo como jogo originário da transcendência é trabalhada por Heidegger como a característica do *Dasein* em sua plena capacidade de se lançar para além do ôntico, situação que no Direito deveria estar sempre presente perante seus operadores, já que o Direito se constitui, por natureza, de conceituações *a priori*, cuja matriz legalista induz o seu operador ao apego demasiado ao que está posto, obnubilando a transcendência.

No mundo do ser-aí dentro da esfera da cotidianidade, o ser aparece sempre intermediado pelos entes (experiência ôntica). Porém, a experiência ôntica indica que há em sua totalidade uma unidade superior à soma das partes. Esta unidade imensurável é uma

38 1. Jogar é um livre formar que sempre tem, a cada vez, a sua própria consonância interna, na medida em que ele a forma para si em meio ao jogar; 2. Com isso, apesar de ser um livre formar, jogar é precisamente uma vinculação. Não é uma estrutura solta, mas constitui o ato formador de se vincular ao e no próprio formar que consiste em um jogo; 3. Desse modo, jogar nunca é um comportamento em relação a um objeto. Jogar não é absolutamente um mero comportamento em relação a, mas jogar o jogo e o jogo do jogar são sobretudo um acontecimento originário e mostram-se indissociáveis; 4. Nesse sentido, denominamos jogar o ser-no-mundo, a transcendência que caracterizamos inicialmente como a ultrapassagem do ente. O ser-no-mundo já sempre se lançou para além do ente o envolveu em seu jogo; nesse jogar, forma-se pela primeiríssima vez o espaço – e espaço, mesmo no sentido real – no interior do qual encontramos o ente. HEIDEGGER, Martin. **Introdução à Filosofia**. Tradução Marco Antônio Casanova; revisão de tradução Eurides avance de Souza; revisão técnica Tito Lívio Cruz Romão. São Paulo: Martins Fontes, 2008, págs. 336-337.

experiência ontológica³⁹. Há experiências ontológicas cotidianas mediadas pelos entes que junto ao ser-aí perfazem o mundo necessariamente possível. Este aceno de estruturas da mundanidade ilustra bem o que de resto é ontológico e o que é ôntico, na medida em que o transcendente e originário dizem respeito à diferença ontológica. Sem a compreensão do que é a diferença ontológica⁴⁰, isto é, a diferença entre ente e ser, não se detém a compreensão de transcendência.

Se inexistisse cisão entre texto e norma, pela simples razão de que o fato de serem diferentes não significa que tenham existência autônoma, vem a conclusão de não ser possível atribuir qualquer sentido ao texto (jurídico)⁴¹. Daí por que interpretar não é colocar capas de sentido ao caso. E, muito menos, interpretar significa investigar o real sentido pretendido pelo legislador. Sobretudo, interpretar é deixar que o texto nos diga algo, é investigar o sentido da norma em meio à diferença ontológica e o círculo hermenêutico que, desde já, antecipa (o sentido).

Em consequência, tem toda razão Lenio Streck ao dizer que não há texto isolado da norma, simplesmente porque, na linha de Gadamer, interpretar não se constitui em ultrapassar etapas, mas é, simplesmente, *applicatio*⁴²:

“Na verdade, o texto não subsiste como texto; não há texto isolado da norma! O texto já aparece na “sua” norma, porque não interpretamos por partes; interpretar é aplicar (*applicatio*). O sentido do texto (que é a sua norma) ex-surge do processo de atribuição de sentido do intérprete, uma vez que a atribuição de sentido ex-surgirá de sua situação hermenêutica, da tradição em que está inserido, enfim, a partir de seus pré-juízos. A diferença ontológica, *locus* do ato aplicativo (*applicatio*) funciona, assim, como garantia contra essa discricionariedade representada por pretensa ‘liberdade de atribuição de sentidos’. Por isso a hermenêutica não é relativista. A *applicatio* evita arbitrariedade na atribuição de sentido, porque decorre da atribuição de sentido que é próprio da hermenêutica de cariz filosófico que

39 O ontológico é condicionado pela finitude.

40 A diferença ontológica significa, formalmente, que o ser não é um ente, logo ele não pode ser pensado do mesmo modo como se pensa os entes. Por sua vez, a constituição onto-teo-lógica da metafísica indica o fato de ela nunca ter pensado a diferença entre ser e ente e, por isso, sempre pensou o ser como se ele fosse um ente possível; por isso ela se caracteriza em ser uma ciência (lógica) que pesquisa o ser (onto), determinando-o como se ele fosse uma causa primeira: Deus (teo): o pensamento metafísico sempre pensou o ser como essência e, esta, como um fundamento primeiro: a idéia, para Platão; a energia, para Aristóteles (384-322 a.C.); a consciência, para Descartes (1596-1650); a razão, para Kant (1724-1804); o espírito, para Hegel (1770-1831); a vontade de poder e o eterno-retorno, para Nietzsche (1844-1900). O projeto filosófico de Heidegger propõe, em um diálogo com a filosofia tradicional, mostrar a diferença ontológica e, com isso, indicar a necessidade de superar a característica onto-teo-lógica de nossa filosofia, elaborando a questão do ser em um novo horizonte de pensamento.

41 Daí a pertinente citação de Nelson Saldanha no texto de STRECK, Lenio Luiz. **Diferença (Ontológica) Entre Texto e Norma: Afastando o Fantasma do Relativismo**, p. 62. “...cada texto está relacionado ao conteúdo: não procuraria uma mensagem religiosa no texto de um livro de química, nem se buscaria um conteúdo poético no texto de um decreto”. http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/Streck.pdf - acessado em 30-10-2012.

42 Idem, p. 61.

rompeu com o método. Aquilo que é condição de possibilidade – pré-compreensão/antecipação de sentido – não pode vir a transformar-se em um ‘simple resultado’, manipulável pelo intérprete”.

Evidenciada a diferença entre o texto e a norma, esta, a norma, será sempre o produto da interpretação daquele, cujo sentido não está contido no texto, mas decorre da situação hermenêutica e da tradição em que se encontra inserido. Assim, a *applicatio*, funciona como uma garantia hermenêutica para suplantar o solipsismo do intérprete que acredita ser livre para atribuir sentido, já que a pré-compreensão antecipa o sentido do texto. Podemos exemplificar o exposto a partir de uma situação em que o texto legal não dá conta da facticidade. É o caso que se verifica na doutrina civilista pátria quanto à taxatividade do rol de direitos reais, conforme o que dispõem os incisos do art. 1.225 do Código Civil Brasileiro⁴³. Sabe-se que o referido artigo vem sendo tratado, repetidamente, como sendo uma disposição que atribui aos direitos reais a característica de serem *numerus clausus*, no sentido de que, pela reserva legal, sua modificação exigiria competência específica prevista na Constituição da República para legislar em matéria civil.

Assim, conforme o Código Civil e a própria doutrina, não caberia mitigar o rol dos direitos reais para ampliá-lo. Essa tipicidade, assim, remonta ao esboço de Teixeira de Freitas no artigo 3.073 que dizia: “a nenhum direito se atribuirá o caráter de direito real (art. 19) fora das espécies designadas neste Título, e de modo pelo qual neste livro regula-se cada uma delas”.

O mundo da vida, porém, como se sabe, apresenta situações que demandam normatização, sob pena de não conseguirmos dar conta dos casos trazidos à apreciação jurisdicional. Um desses exemplos é o da aplicação do art. 1.225 do CCB acima referido.

Em decorrência do crescente aumento populacional das grandes cidades, surgiu na jurisprudência o instituto denominado de “condomínio de fato” ou - utilizando a terminologia jurídica - composses. À luz do rol do artigo 1.225, a posse (composse) não constitui direito real, de tal forma que, na hipótese do condomínio de fato, as obrigações condominiais decorrentes da com(posses) não constituem obrigação *propter rem*, típica dos direitos reais, que, diferentemente das obrigações pessoais, vinculam-se ao bem. Assim, se nos atrelarmos ao texto como concebido pela doutrina e pelo senso comum dos juristas, a uma determinada

43 Art. 1.225. São direitos reais: I - a propriedade; II - a superfície; III - as servidões; IV - o usufruto; V - o uso; VI - a habitação; VII - o direito do promitente comprador do imóvel; VIII - o penhor; IX - a hipoteca; X - a anticrese. XI - a concessão de uso especial para fins de moradia; (Incluído pela Lei nº 11.481, de 2007); XII - a concessão de direito real de uso. (Incluído pela Lei nº 11.481, de 2007).

associação de moradores em condomínio de fato restaria apenas a possibilidade de cobrar as despesas comuns pela via ordinária relativa às obrigações pessoais.

A jurisprudência, porém, atendendo ao princípio da função social da propriedade, faz transcender a regra adequando o sentido do texto (normatizando) de forma que dele se possa retirar efetividade⁴⁴. Daí a conclusão de que, primeiro, não há sentido unívoco no texto e, segundo, interpretar não é atribuir capas de sentido aos casos, porquanto imprescindível que o direito não seja absorvido por pretensos “modelos de interpretação”, por meio dos quais o intérprete opera a partir de metacritérios ou critérios de normatividade que substituam o processo de compreensão.

E isso é um problema exatamente porque o empreendimento da hermenêutica filosófica se dá a partir de uma matriz circular que leva em consideração a condição humana de estar-no-mundo, mediado pela tradição (histórica) e pela moral (constitucional). Portanto, todo o esforço de se chegar a um fundamento absoluto, prévia e determinadamente seguro não passa de uma tarefa absolutamente ilógica.

As vicissitudes da vida quotidiana, portanto, não podem ser desconsideradas no processo interpretativo. Elas integram o *Dasein* como ser jogado-no-mundo e, portanto, a “saída” não se dá nem no modelo de subsunção (porque este método sempre chega tarde, como vimos no exemplo anterior), e muito menos está na pessoa do intérprete (sujeito solipsista) que não “dispõe” dos argumentos, principalmente porque não há um reservatório de argumentos à disposição do intérprete para que ele lance mão na medida de sua vontade. E argumentos são decorrência da compreensão. Eis a questão! A compreensão chega antes. O argumento é o que explicita a compreensão.

Dessa forma, fica claro que o sentido não é um ato de escolha de alguém, mas é um existencial do *Dasein* na medida em que o sentido se dá no movimento circular do velamento e desvelamento (sentido do ser). De outra forma, estar-se-ia entendendo o sentido como uma propriedade do ente que se dá por acoplamento, por proposições capazes de representar o mundo, como se pudéssemos aprisionar a realidade em proposições previamente definidas.

Neste sentido, novamente nos abeberamos na lição do professor Lenio quando insiste

44 CONDOMÍNIO ATÍPICO – DESPESAS EM BENEFÍCIO DE MORADORES – PAGAMENTO DE COTA-PARTE POR TODOS – OBRIGATORIEDADE. Sumaríssima. Condomínio de fato. Despesas efetuadas em prol dos moradores. Obrigatoriedade do rateio das despesas através do pagamento de quota-parte. Apelação parcialmente provida (A.C. nº 7.677/93, 2ª CC, rel. Des. Newton Azevedo da Silveira). Preceito da Súmula nº 79 do TJRJ: Associação de Moradores. Condomínio de Fato. Cobrança de despesas comuns. Princípio do não enriquecimento sem causa. Em respeito ao princípio que veda o enriquecimento sem causa, as associações de moradores podem exigir dos não associados, em igualdade de condições com os associados, que concorrem para o custeio dos serviços para ela efetivamente prestados e que sejam do interesse comum dos moradores da localidade.

no tema relacionado à impossibilidade de atribuição de sentido de forma arbitrária e artificial, dizendo⁴⁵:

Dá a minha insistência, no sentido de que se tenha claro que a pergunta pelo sentido do texto jurídico é uma pergunta pelo modo como esse sentido se dá na concretude do mundo da vida. O intérprete não é um *outsider* do processo hermenêutico. Há um já-sempre-compreendido em todo processo de compreensão. No conto está o contador. É por isso que Heidegger vai dizer que o mensageiro já vem com a mensagem. E é por isto que não se pode falar, de forma simplista, em ‘textos jurídicos’. O texto não existe em si mesmo. O texto – que só é na sua norma – só se complementa no ato interpretativo. O texto como texto é inacessível, e isto é incontornável! O texto não segura, por si mesmo, a interpretação que lhe será dada. Do texto saíra, sempre, uma norma.

Portanto, verifica-se basicamente que a dicotomia texto-norma não implica uma separação como se pudessem coexistir autonomamente. Fosse diferente, estaríamos entificando o texto. Há, pois, como dito, uma diferença (ontológica) entre texto e norma, que possibilita a transcendência, na qual já terá ocorrido à antecipação de sentido de sua situação hermenêutica e da tradição que está inserido.

4. O Direito tem sido visto como “transcendental”? Onde está, afinal, o DNA do Direito? E por falar em princípios? Uma sintética conclusão

É possível afirmar, portanto, que os efeitos da tradição e a consciência histórica são partes essenciais para uma correta abordagem interpretativa no Direito. A formação jurídico-social de uma comunidade é relevantíssima para ela e para o Direito que pretende aplicar. Da mesma forma têm importâncias os contextos e adversidades por que passa até que chegue a praticar um Direito mais democrático e igualitário. É isso que podemos verificar, por exemplo, o sentido do contexto constitucional que advém de toda uma tradição moral institucionalizada no âmbito de uma comunidade. Princípios constitucionais, nesse sentido, não são algo que se pode “criar” a todo instante, como se fosse possível inventar princípios com o intuito único de legitimar decisões sob o fundamento de “princípio”, sem qualquer fundamento. Algo não é princípio apenas porque consta na Constituição ou porque alguém (jurista ou não) diz que é. Ora, a Constituição está repleta de regras (e princípios). Mas o fato de nela constar não significa que estamos por vezes diante de um princípio. Podemos estar diante de uma proposição, mas precisamos, em cada decisão, reconstruir a história

45 STRECK. Lenio Luiz. **Diferença (Ontológica) Entre Texto e Norma: Afastando o Fantasma do Relativismo**, p. 60-61. http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/Streck.pdf - acessado em 30-10-2012.

institucional a partir de argumentos de princípio que necessariamente incorporem a moralidade institucionalizada no seio da comunidade política e jurídica.

Nesse aspecto, podemos dizer que tal não é o que acontece na prática das decisões judiciais, pois há um vezo no imaginário dos juristas no sentido de que necessitamos de um princípio para adornar ou fundamentar as decisões, questão já há muito denunciada por Lenio Streck com o nome de “panprincipiologismo”. E é este manancial de “princípios” sem DNA que acarreta um enfraquecimento da autonomia do Direito e da força normativa da Constituição.

A utilização de “princípios” tão-somente como retórica (como adorno, conforme denunciemos há pouco), ultrapassando os limites semânticos da Constituição (supraconstitucionalidade), pois utilizados apenas para justificar as decisões sem qualquer fundamento, apenas servem para enfraquecer a democracia. Ora, princípios não podem ser utilizados como uma espécie de discurso com “pretensões de correção”, totalmente ao alvedrio do julgador (intérprete). Quando isso acontece terminamos por cair na panprincipiologia, o que faz com que, na lacuna da lei, o juiz se sinta autorizado a lançar mão de “metaprincípios”, “escolhendo” os princípios que estariam em jogo (mais ou menos nos termos do que defende, por exemplo, Robert Alexy) e que possuiriam uma textura “aberta” como “mandados de otimização” que, na verdade, apenas repristinariam o velho positivismo do protagonismo judicial.

No ponto, Lenio Luiz Streck explicita bem o problema, merecendo transcrição:

Em tempos de ‘densa principiologia’ e ‘textura aberta’, tudo isso propicia a que se dê um novo *status* ao velho *non liquet*. Isto é, os limites do sentido e o sentido dos limites do aplicador já não estão na Constituição, enquanto ‘programa normativo-vinculante’, mas, sim, em um conjunto de enunciados criados *ad hoc* (e com funções *ad hoc*), que, travestidos de princípios, constituem uma espécie de ‘supraconstitucionalidade’. Agregue-se a tudo isso a relevante circunstância de que muitos dos princípios gerais do direito – que teriam sido ‘constitucionalizados’ – são incompatíveis com a Constituição⁴⁶.

Neste contexto, há inúmeros “princípios” retirados do senso comum dos juristas ou considerados princípios gerais do direito, tais como “supremacia do interesse público sobre o interesse privado⁴⁷”, “o juiz é o destinatário da prova⁴⁸”, “não há nulidade

46 STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso. Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas. Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito**. 2ª Edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 539.

47 Veja-se a seguinte ementa, que é um bom exemplo do que afirmamos: Honorários advocatícios - Consoante o disposto no artigo 20, § 4º, do Código de Processo Civil, nas causas em que for vencida a Fazenda Pública,

sem prejuízo”, “verdade real”, “íntima convicção”, para ficar apenas nestes, que nada têm a ver com o conjunto de princípios da Constituição, servindo, portanto, exclusivamente para reforçar o velho problema da subjetividade que herdamos do modelo positivista kelseniano, que sempre apostou na “liberdade” do juiz, e enfraquecer o DNA do Direito.

Mas, afinal de contas, onde é que iremos encontrar o DNA do Direito? Pois bem. Com certeza, não será no senso comum dos juristas e no panprincipiologismo que iremos encontrá-lo. A Hermenêutica Filosófica é a condição de possibilidade para demonstrar que é a partir de uma tradição e a partir da compreensão que podemos tentar começar a procurar algo. E isso não é um essencialismo. Em absoluto! O DNA do Direito não está guardado em um “jarro”. Também não está na “cabeça privilegiada” de algum julgador. Ele, o DNA, desde-já-sempre-está inserto na tradição da comunidade jurídica que constrói a moralidade e que se institucionaliza no seu bojo. Mas esse próprio DNA é reconstruído e se reafirma a partir de cada decisão que respeita a coerência e a integridade do Direito.

A transcendentalidade do Direito, por sua vez, faz-se presente quando nos damos conta de que a interpretação jurídica é um problema de compreensão – e, portanto, um problema de Hermenêutica Filosófica – que se instaura a partir de um marco, de uma tradição. Interpretações vazias, instrumentalizadas e pragmáticas, fundadas no senso comum teórico dos juristas e, portanto, despreocupadas com o caso e alheias a argumentos de princípio “corroem” o DNA normativo, deontológico do Direito.

O DNA do Direito está imbricado com a moralidade, mas essa moralidade não é qualquer moralidade; não é a moralidade do juiz ou do legislador. A moralidade que é co-originária do Direito é uma moralidade institucionalizada (Dworkin), política, reconstruída na decisão judicial a partir de argumentos de princípio. E essa reconstrução só se dá a partir da compreensão. E da compreensão de que integramos uma comunidade jurídica e política, com uma tradição que a carrega. Para “compreender” isso é que a Hermenêutica Filosófica vem nos “dar uma mão”.

os honorários advocatícios serão fixados segundo a apreciação equitativa do juiz. Por conseguinte, tendo em vista a repetitividade da matéria em análise e a desnecessidade de dilação probatória, o entendimento consolidado por esta Câmara é de que os honorários advocatícios devem ser fixados em 5% sobre o valor da condenação. (Apelação Cível Nº 70050803048, Vigésima Quinta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Helena Marta Suarez Maciel, Julgado em 03/10/2012).

48 Por exemplo, a seguinte ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO. SEGUROS. PERICIA. DETERMINAÇÃO PELO JUÍZO DA PRODUÇÃO DA PROVA. GRADUAÇÃO DA INVALIDEZ. ACIDENTE POSTERIOR A MP 451/2008. O juiz é o destinatário da prova, portanto, tem o poder de determinar as provas que achar necessárias ao seu convencimento. Inteligência do art. 130 do CPC. AGRAVO A QUE SE NEGA SEGUIMENTO, EM DECISÃO MONOCRÁTICA. (Agravo de Instrumento Nº 70051376655, Sexta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Artur Arnildo Ludwig, Julgado em 15/10/2012).

Os juízes, para poderem julgar, devem estar bem conscientes dos seus preconceitos. Sem preconceitos não há juízo, mas sem suspendê-los não há um “bom” juízo, um “autêntico” juízo. A transcendentalidade do Direito determina aos juristas que ultrapassem, portanto, posturas positivistas e discricionárias, evitando, pois, que “caiam” na inautenticidade e irresponsabilidade quando decidirem.

A compreensão é que faz a transcendência do Direito “aproximar-se do próprio Direito”. É o que faz o jurista aproximar-se do Direito. E a compreensão é hermenêutica. Por isso é que o apego ao método, ao pragmatismo e aos predadores do Direito (caso da política, da subjetividade do juiz, dos valores, da economia etc.) é “terrível” para o Direito, pois ocultam a sua transcendência, liquidando com o seu DNA. Em definitivo, se isso não for entendido, então o Direito e as decisões judiciais seguirão sendo obra da subjetividade do intérprete, nada mais restando a fazer por parte dos operadores do Direito que, logo ali, estarão vendo a derrocada definitiva do Direito e da democracia.

Referências bibliográficas

FARIA, José Eduardo. **A Reforma do Ensino Jurídico**. Porto Alegre: Fabris, 1987

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método**. Petrópolis: Vozes, 1999.

HEIDEGGER, Martin. **Ser e Tempo**. Parte I. Tradução de Márcia de Sá Cavalcante. 9. ed. Petrópolis: Vozes, 2000.

_____. **Introdução à Filosofia**. Tradução Marco Antônio Casanova; revisão de tradução Eurides Avance de Souza; revisão técnica Tito Lívio Cruz Romão. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

LEÃO, Emanuel Carneiro. **Aprendendo a Pensar**. Petrópolis: Vozes, 1977.

STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito**. 10. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso. Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas. Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito**. 2ª Edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.